

POR

FRANCISCO DIAZ

de Lara, vezino desta ciudad de Granada.

EN EL PLEYTO

CONTRA DON

Alonso Tafur Castillejo, marido de doña Luysa de Vrquiçar y Soliz.

¶ Impresso en Granada, en la imprenta de Martin Fernandez, frontero de S. Gil. Año de 1629.


RETENDE el dicho don Alonſo en la demanda que ha pueſto al dicho Franciſco Diaz de Lara, que el ſuſodicho hizo donacion a la dicha doña Luyſa ſu muger, de ſiete mil ducados en vnas caſas principales, vna heredad, vnos toneles, y mil ducados en joyas, todo para en fin de ſus dias, y que en ellos ha de alimentar a ambos; y para cõprouacion della ſe aprouecha de los dichos de Yſabel Guerra, tia de la dicha doña Luyſa, y de Maria Nauarro ſu criada, Licenciado Bermudez de Caſtro, Abogado en eſta Real Chancilleria, Alonſo Rodriguez de Coca, eſcriuano del numero, Iuan Yzquierdo Ceron, eſcriuano del crimen: y pide ſe condene al dicho Franciſco Diaz al cumplimiento de la dicha donacion.

Sobre que ha auido dos ſentencias: vna del Alcalde mayor deſta ciudad, en que abſoluio de la dicha demanda al dicho Franciſco Diaz: y otra del Licenciado Pedro Caluo Oſorio, Abogado en eſta Real Chancilleria, ſu acompañado, que condena al dicho Franciſco Diaz a que eſtè por la dicha donacion. Con lo qual auiendoſe apelado por ambas partes, cada vno de la ſentencia que tiene contra ſi, y hechoſe prouança por el dicho Franciſco Diaz, eſtà viſto en viſta ſobre confirmar ò reuocar las dichas ſentencias.

Y para que ſe confirme la del Alcalde mayor, y reuoque la del acompañado, ſe ſuplica a V. m. por Franciſco Diaz de Lara conſidere los fundamentos ſiguientes.

El primero, que las dichas Yſabel Guerra, tia de la dicha doña Luyſa, y Maria Mauarro, criada de la ſuſodicha, no pueden hazer parte de prouança en eſte caſo, aſsi por eſtar tachadas concluyentemente, la vna por el parenteſco, y la otra por criada, y ambas por enemigas del dicho Franciſco Diaz, que le tienen amenaçado ſe lo auia de pagar en alguna ocaſion, vt conſtat ex actis, como porque en caſo

de

de tanta cantidad, donde han de interuenir tantas circunstancias de voluntad de liberacion del donante, y aceptacion de la donataria, no se admiten por testigos las mugeres, ni en las causas ciuiles, como esta lo es, no hazen entera fee, Alexand. consil. 70. num. 14. Aymon, consil. 99. Cæpola, consil. 32. Tiraquell. in legibus connuuialibus, l. 69. num. 73. & 75. Y esta opinion es verdadera, y como tal obseruada en los casos graues, y de cantidad, como este lo es, pues importa lo que pide el dicho don Alonso mas de catorze mil ducados, ex Farinat. de testibus, quæst. 59. casu 2. nu. 37. & num. 38. ibi: *Et propterea hanc contrarium opinionem multo veriorem crediderim in causis ciuilibus arduis, & magnæ quantitatis, &c.*

El segundo, que los dichos Licenciado Bermudez de Castro, Iuan Yzquierdo Ceron, y Alonso Rodriguez de Coca, en sus dichos no concluyen q̃ el dicho Francisco Diaz de Lara hiziesse la dicha donacion, porque no conuienen en la cantidad cosas della, ni en el tiempo, con que vienen a ser testigos singulares, como consta de sus mismos dichos, y asi no hazen prouança, ni concluyen, Misingerio, obseruat. 76. centur. 3. versic. Quinimo etiam, Bursat. consil. 321. num. 32. lib. 3. Monticello, in rubr. de testibus, fol. 197. colum. 2. versi. 2. Petra, de fideicommis. quæst. 12. num. 486. cum sequentibus.

Y lo que mas ay que ponderar para la poca fee que se ha de dar a esta prouança, es, que ninguno de los dichos testigos no dize de afirmatiua, ni con certeza, sino con duda: y a lo que le quiere parecer, como consta de sus dichos en las terceras preguntas, que por no cansar a V. m. no las refiero todas; en el del Licenciado Bermudez de Castro, ibi: *A lo que se quiere acordar fueron siete mil ducados, &c.* Et ibi: *Y no se acuerda que cantidad de joyas, &c.* En el de Alonso Rodriguez de Coca. *Que a lo que se acuerda son las del interrogatorio, &c.* En el de Iuan Yzquierdo Ceron

ron (deudo de la dicha doña Luyſa, como el miſmo lo declara) ibi: *Y le hizo vna donacion para deſpues de ſus dias muy conſiderable, no ſe acuerda de la cantidad, y le parece incluyò en ella vnas caſas y toneles, &c.* Con que no prueuan, ni ſe pueden dezir propriamente teſtigos, gloſſ. in l. 2. §. penultimo, in verbo, memirint, ff. de aqua publia arcenda, & in l. teſtium, in verbo, preſto, C. de teſtibus, & in cap. quoties, in verbo, credere, de teſtibus, & ibi Felinus, num. 7. Butrius, num. 12. colum. penult. verſic. Si quæritur, Socinus Senior, conſil. 149. colum. 4. verſic. Secundo quia, lib. 1. Morocius, reſponſ. 1. nu. 11.

El tercero, porque quando ſemejante donacion ſe pudiera prouar con teſtigos, y la prouança que ha hecho el actor fuera concluyente y baſtante para declarar por ella auerſe hecho la dicha donacion, no ſe puede condenar a ſu cumplimiento al dicho Franciſco Diaz: porque auiendoſe hecho, como quieren dar a entender los dichos teſtigos, con cõdicion, que los dichos don Alonſo y ſu muger, no le auian de pedir ninguna coſa en razon de las pretenſiones que tenian de ſu tutela, y del dote, y mitad de multiplicado; por cabeça de ſu ſuegra y madre, han contrauenido a la dicha condicion cõ auer le executado por todos los dichos derechos, y cobrado del por apremio, y con rigor, mas de cinquẽta mil reales en dinero y bienes, con que eſtan pagados, y han dado finiquito de todo, como conſta de los autos; con lo qual, no auiendo cumplido los dichos don Alonſo y ſu muger con la dicha condicion, de que no auian de pedir ni cobrar lo ſuſodicho (como dizen ſus miſmos teſtigos) no tiene obligacion el dicho Franciſco Diaz a cumplir la dicha donacion, y quando la huuiera hecho ha podido reuocarla libremente, y contradezir ſu cumplimiento, como lo tiene hecho, y dicho por ſus peticiones, porque entre las cauſas de ingratitud, ex quibus donatio poteſt reuocari, es la principal, ſi pacta non ſeruentur, Bald. conſil. 18. num. 1. lib. 1.

Alciato,

Alciato, conſ. 7. num. 6. lib. 8. Ripa, in l. vltima, C. de rebocandis donationibus, num. 101. Mantica, de tacitis, & ambiguis conuent. lib. 13. tit. 40. num. 15. Lo qual tiene lugar; aunque el donante ſe vuiera obligado a no reuocar por ninguna cauſa, y hecho eſcritura dello, cap. per venit, 2. de iure iurand. l. ſi quis maior, C. de tranſactio. Ripa, reſponſo 2. lib. 3. cap. 8. num. 3. Quanto y mas en eſte caſo, donde no ay eſcritura, ni prouãça concluyente.

Y ſiendo como es la donacion contracto inominado, ex Baldo, in rubrica, C. de rerum permutatione, nume. 4. & in l. iuris gentium, nume. 5. ff. de pactis, Iaſo. in dict. l. iuris gentium, nume. 8. Crot. in l. 1. §. ſi quis ita, num. 11. verſ. Prima ſit concluſio, ff. de verbor. obligat. El dicho Franciſco Diaz, tiene oy lugar para poderſe arrepentir y apartarſe della, ſin que le pueda compeler a lo contrario el dicho don Alonſo, pues no ha cumplido por ſu parte, y eſtà el caſo re integrà, l. ſi pecunia, ver. cui licèt pœnitere, ff. de conditio cauſa dacta cauſa non ſequuta, l. ſi cum fundum, ff. de pactis, Gregorio Lopez, in l. 3. titul. 7. partit. 5. gloſſ. 4. Lo qual procede oy ſin embargo de la l. 2. titul. 16. lib. 5. recopilat. Que diſpone que como quiera que vno pareciere obligarſe a otro, quede obligado, porque eſta ley no alterò la diſpoſicion del derecho comun, ex Menchaca, lib. 2. de ſucceſsionum creatione, §. 12. num. 64. Gregorio Lopez, in l. 1. titul. 11. part. 5. gloſſ. verbo, gran pro, Padilla, in l. naturalis, §. ſi quidem, num. 19. ff. de præſcriptis verbis.

El 4. porque ſiendo como es eſta pretenſa donacion de tan gran cantidad (que en eſte tiempo es caudal de vn hõbre muy rico y poderoſo) no ſe puede prouar con teſtigos, porque es contracto de los que para ſu eſſencia y validacion, y que tengan firmeza, requieren eſcritura, gloſſa in cap. 1. de cenſibus, verbo in ſcriptis, l. penult. C. de donationib.

§. alie, instituta de dodationib. l. 9. titul. 4. part. 5. ibi: *E aun dezimos, que si alguno quisiere fazer donacion a alguna Yglesia, o a lugar Religioso, o a Hospital q̃ lo pueda fazer sin carta: pero si quiere dar a otro ome o a otro logar, puedelo fazer sin carta, fasta quinientos marauedis de oro, mas si quisiere fazer mayor donacion de lo que es sobredicho en esta ley, lo que fuesse dado demas non valdria fueras ende, si lo fiziesse con carta e con sabiduria del mayor juzgador de aquel lugar lo ficiesse la donacion, &c.* Padilla, in l. Præsens, num. 11. C. de transactio. Zauallos, pra cticar. quæst. 22. per totam, Ioan Gutier. de iurament. confirmat. 1. part. cap. 7. Antonio Gomez variar. tom. 2. cap. 4. nume. 6. con que quando la prouança que tiene hecha el dicho don Alonso, fuera en genero de tal concluyente y bastante, no se puede valer della para este caso, ni es fundamento para cōdenar al dicho Francisco Diaz, porque para ello faltan dos requisitos necessarios y precissos por derecho, como son, escritura publica y autentica, y insinuacion, cuyo defeto es tan grande, que vicia la donacion, aunque aya escritura, Matienço, in l. 7. tit. 10. lib. 5. recop. gloss. 6.

Y deste requisito y solemnidad de la insinuacion se haze tanto caso por derecho, que rijen y gouiernan por el las leyes y Autores, el conocimiento de la voluntad del donante, deliberacion que tuuo, y vtilidad q̃ se le sigue de que tenga efeto la donaciō, Anton. de Can. in tractatu de insinuat. 1. part. quæstion. 5. num. 13. Corneus, cons. 71. Alexander Trentacinqu. lib. 3. variar. resolut. 5. per totam, omnino videndus, y esto es en tanto grado, q̃ antes de la insinuacion es nula la donacion, ex l. sancimus, C. de donationib. l. vnica, §. 1. C. de caduc. tollend. Y la razon desto es, por auerse introduzido la insinuacion, para que el donante pueda deliberar si le combiene, o no donar, y para que no se hagan donaciones clandestinas y calladamente en particular, las de gran cantidad, como lo es, sobre lo que se litiga, en las quales es necessario mayor deliberacion

cion, Ioann. Andreas, in titul. de instrumentorum æditione, §. porro. vers. donatio. Bartol. in l. modestinus, ff. de donationib. Anton. Gomez, dict. cap. 4. num. 6. Alexand. Trenta. lib. 3. resolut. 5. con que se ajusta que en fuerça de donacion no tiene fundamento la pretension del dicho don Alonso.

Y no es de fundamento, para librarse del requisito de la insinuacion, el quererla hazer el dicho don Alonso donacion remuneratoria, para lo qual no se requiere insinuacion, ex vulgata, l. Aquilius regul. ff. de donationib. porque no consta dello por assercion del donante, ni prouança del donatario, que es quiẽ deue prouar que sus meritos y obras hechas en fauor y vtilidad del donante, son condignas a la remuneracion y cantidad de la donacion, lo qual ha de ser muy concluyente y con liquidaciõ, Iulio Claro, in §. donatio. quæst. 3. & 8. Tiraquello, in l. si vnquam, C. de donationib. num. 91. Hyppolit. Riminald. instituta de donationib. in princip. & n. 26. cum seqq.

Y en este caso, no estamos en solo no auer prouado el actor los meritos y causa de remuneracion, si no que el reo tiene prouado, con mucho numero de testigos mayores de toda excepcion (contra quien no se ha puesto tacha) que los dichos don Alonso y su muger, no le han hecho ningun bien, ni obras buenas: porque considerando la persona de doña Luysa, quãdo vino a poder de Francisco Diaz era muy pequeña, y en criarla, sustentarla darle bestidos y criadas que la siruiessen, gastò muy gran cãtidad, conque no le augmentò hazienda, porque no era para el gouierno de la casa, ni cuydaua della, ni trataua de esso, como lo dizen los testigos. Y respecto del dicho don Alonso, ay menos fundamento para causa de renunciacion, por no auerse casado con gusto del dicho Francisco Diaz, y solo auer tratado de gastarle su hazienda.

Valese tambien don Alonso, para dar a entender

que

que ay donacion remuneratoria de vn fundamen-
to falso, y contra toda la verdad de los autos, y he-
cho del caso, pues dize que de los bienes de Francis
co Diaz, que son en mas cantidad, de quarenta mil
ducados, le tocauan a su muger veynte; por ser bie-
nes multiplicados constante el matrimonio de su
suegra; cosa digna de vn gran castigo, para que a o-
jos de tan graues juezes, y de vn Tribunal tan gran-
de, como esta Chancilleria, no se atreuan a dezir
por escrito ni de palabra, lo que no ay en los autos,
ni consta dello, sino antes lo contrario, pues consta
por el testimonio y carta de pago, presentada por
Francisco Diaz, que don Alonso y su muger hizie-
ron quentas de la tutela, y pidieron quentas y par-
ticion de todo loque les tocaua por fin y muerte de
su madre y suegra, assi de dote, como de multipli-
cado, que todo montò vn quento ducientos y seten
ta y seys mil quatrocientos, y diez y seys marauc-
dis, que se les pagaron enteramente, de que dieron
finiquito, y por libre al dicho Francisco Diaz, con
que respeto deste derecho y cantidad cessa la causa
de remuneracion que quieren introduzir, y a de ces-
sar la donacion, quia promissionis causa cessante,
& promissio cessat, l. 1. §. final, & l. 2. ff. de excu-
sation. tuturum. Y aunque fuera cierto lo que en es
to dizen, no se podian librar del defeto de insinua-
cion, por ser la donacion que pretenden, de mas de
once mil ducados, de excesso de la cantidad del di-
cho quento ducientas y tantas mil marauedis, a
que tenian algun derecho, y an cobrado el dicho
don Alonso y su muger. Nam benemerita debent
equiualere rei donatæ, Menochio, de præsumptio-
nib. presumptione 9. Thesaur. decis. Pedemonta-
na, 32. Viciencio Carrocio, de locato 1. part. quæ-
stion. 10. Gail. practicar. obseruation. lib. 2. ob-
sertat. 38. Domin. Castill. lib. 5. cap. 8. num. 39.
cùm multis ab eo relatis. Y assi no se puede llamar
donacion reciproca, ni remuneratoria, sino simple
y sujeta a todas las reglas ordinarias y requisitos de
insinua-

insinuacion y escritura, porque la donacion simple, es aquella, de que no resulta vtilidad ninguna al donante(como en este caso) l. 1. ff. de donationibus ibi: *Non aliam causam, &c.* l. cùm plures, §. cum tutor, ff. de administration. tutor. Molino de pactis nuptialibus, lib. 4. quæst. 6. num. 50.

Viendo don Alonso que en fuerça de donacion no tiene fundamento su demanda, auiendole llamado siempre donacion, y diziendole assi sus testigos, y constando lo mismo por los autos, intenta el dezir que no es donacion sobre la que se litiga, sino vna transacion, en que se concertaron y transigieron los pleytos y pretensiones que tenian contra el dicho Francisco Diaz, y que para esto no es necessario aya escritura,, ex glossa in l. contrahitur de pignoribus, & in cap. 1. de censib. in 6.

A que se satisfaze concluyentemente, con que por el mismo hecho consta, que sobre lo que se litiga, es vna pretensa donacion, como se colige de los mismos dichos de los testigos, y de lo que las partes han articulado y alegado, llamandole donaciō, y impugnandola por tal, lo qual es bastante para que se entienda assi. Nàm ipsi contrahentes dant formam conuectionibus, l. in conuectionalibus, ff. de verbor. obliga. l. legem, C. de pactis, Socinus Iunior, in cons. 66. num. 12. lib. 2. Bolognetus, cons. 61. num. 1. Y por contrato de donacion lo ha entendido el dicho don Alonso, pues intentò este pleyto, y lo sigue despues de auer cobrado todo lo que le pudo tocar y mucho mas por cabeça de su muger y suegra, conque no puede lleuar lo que aora pretende, sino es por titulo gratuyto y de donacion, y siendo este el principal proposito que ha tenido y tiene el caso, en el estado presente se ha de juzgar por tal, nàm contractus in dubio, ex principali proposito censeri debet, l. si quis nec causam, ff, si certum petatur, Abbas. cons. 15. num. 1. lib. 1. Tiraquel. de retractu lig. §. 30. num. 2. & num. 11. Y no solo combiene a donacion este cōtrato por el

 nom-

nombre de tal, con que las partes le han llamado, sino por el efecto, pues no puede oy lleuar por otro titulo el dicho don Alonso lo que pretende contra Francisco Diaz, sino es por el de donacion, por auer ya cobrado los derechos y cantidades, porque los testigos dizen se hazia, con que tiene oy forma y efecto de donacion, a que se atiende para juzgar los contratos, l. insulam, de præscriptis verbis, l. si vno, in principio, ff. locati, cum similibus.

El quinto, porque caso negado que fuera transacion, no podia ni puede valer, respecto de ser los dichos don Alonso y su muger menores, y auer litigado como tales con el dicho Francisco Diaz, porque no pudieron enagenar ni remitir sin licencia judicial, y informacion de vtilidad, y decretò los bienes de la tutelo de la dicha doña Luysa, y los que le tocauan por fin y muerte de su madre. Quia minor sine solemnitatibus alienares nõ potest, l. si prædiũ, & l. non solum, C. de prædis minores, Decio, cons. 403. col. 5. num. 19. Riminald. iunior, cons. 5. num. 41. Stephano Gratiano, decis. 234. numer. 27. Fontanela, de pact. matri. 2. part. gloss. vnica, part. 2. num. 2.

Y cõsiderãdo el caso y estado q̃ oy tiene el pleyto, lo cierto es, que como quiera que le llame donacion o transacion, està el contrato resuelto por conuencion y voluntad de ambas partes como lo pueden hazer, pues el dia que el dicho don Alonso pidio y cobrò lo que dize, auia remitido à Francisco Diaz, y el susodicho impugnado el dar mas cantidad por el dicho titulo de donacion, ni por otro; es visto auerse apartado, y no tiene obligacion a cumplir por su parte, ni a ello se le deue condenar, porque fuera claudicar el contrato, y dar libertad a don Alonso, para que por vna parte se apartara del, como lo ha hecho, y por otra a que apremiara a su cũplimiento, lo qual no se permite, ex l. si id quod in fine, ff. de rescidenda vendit. l. penultim. C. communi diuidundo, Mantica de tacitis, & ambuguis

conuen-

conuentionib. tom. 1. lib. 2. titul. 4. nume. 73. Y porque en todo acontecimiento se ha de guardar en el cumplimiento de los contratos la ygualidad de las partes, l. si cùm dies, §. si arbiter, & l. sed si interpellauit, §. si ex altera, ff. de receptis arbitris, a que no satisfaze el dezir, por vna peticion que agora se ha dado, despues de visto el pleyto, que se aparta del de las quentas y particion: assi por ser maliciosa, despues que ya tiene cobrado, y dado carta de pago, y que solo se litiga en aquel pleyto sobre que buelua lo que lleuò, como porque no ay poder especial para el dicho apartamiento.

Mayormente q̃ el dicho Francisco Diaz se puede apartar como lo ha hecho del dicho contrato, ex cap. causæ non sequutæ, sin que le pueda impedir para ello, el no auer pedido que don Alonso cumpla por su parte, ex l. dedi, in princip. & §. 1. ff. de condition. ob causa, cum similib. lo qual procede, y se ajusta por todos derechos y equidad, Bald. Nobel. in rubrica, de verbor. obligationib. num. 17. Cardinal. Mantic. de tacitis, & ambiguis, lib. 1. titul. 8. num. 20. vers. Et si promissi tibi.

El sexsto y vltimo, porque quando los testigos de don Alonso fueran contestes y mucho mas en numero, y su prouança fuera superior a la de Francisco Diaz, estando reducido todo lo que consiste en ella a arbitrio del juez, ex vulgata l. 3. de testib. y deuiendose estimar las prouanças, conforme la verisimilitud que por cada vna resulta del caso, ex Bald. in l. non hoc, coluna fin. vers. Reboco in dubium, C. vnde legitimi, & in cons. 3. lib. 3. Dec. cons. 146. & Morocio, responso 99. num. 40. cum seqq. ibi: *Adduco etiam Fulgo. in l. ob carmen, § si testes, num. 1. ff. de testib. vbi ex illo textu tenet, quod iudex non debet respicere ad numerum testium, sed potius ad ea quæ dicunt, si magis verisimilia sunt: ideo videmus regulariter multitudinem testium non considerari in probatione sed potiùs verisimile, &c.* Cierto señor que tiene poca verisimilitud la pretension de don Alonso, considerando que

ora se tratasse de donacion, ora de transacion, siendo cosa de tanta importancia, como la que el y su muger remitian, pues dize eran veynte mil ducados, y lo mismo lo que les daua Francisco Diaz, y siendo Granada vn lugar tan gtande, donde ay tantos escriuanos, y siendolo dos de los testigos, de que se vale, escriuanos, no se puede entender, ni ay juyzio humano que aperciba, que si quedara algo efetuado, dexaran de hazer escritura si quiera para memoria, quando no fuera necessario para la validacion; ni se puede creer que siendo Francisco Diaz tampoco liberal, y auiendo ya muerto su muger, por cuya causa tenia en su casa a la dicha doña Luysa, y no siendo la susodicha su hija, sino alnada, le auia de hazer semejante donacion, y darle en ella toda su hazienda, y que don Alonso dexasse cosa tan considerable en dicho de testigos que podian faltar, y que nunca procurò examinarlos, pues se començo este pleyto por jactancia, para que se desistiesse de su pretension: y aunque responda a esto que siendo transaccion como dize, no tuuo necessidad de escritura, por no requerirse en semejante contrato: lo cierto es que la diferencia de requerirse escritura en vnos contratos mas que en otros, solo la haze la cantidad y mayor valor y grauedad de la cosa sobre que se contrata, y assi siendo este caso de tanta cantidad, como quiera que se considere, era necessario escritura, y no auiendosa, no se puede tratar de su cumplimiento, ex traditis à Molina de pactis nuptialib. lib. 3. quæst. 6. num. 96. a que se deue tener consideracion. Y assi esperamos se ha de confirmar la sentencia del Alcalde mayor, que dio por libre al dicho Francisco Diaz, rebocando la del acompañado. Salua in ombnibus, &c.

Licenciado Don Iuan de Valdiuia.